Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

liche Controversen zu entscheiden. — Einer späteren Abhandlung möge es vorbehalten bleiben, eine für die Praxis besonders wichtige und noch nicht zur Genüge erörterte Controverse unter Festhaltung desselben Grundsatzes näher zu beleuchten. —

III.

Die neuesten Gesetzgebungsarbeiten auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung und bürgerlichen Prozeßordnung, insbesondere die neuen Oldenburgischen Gesetze über Gerichtsverfassung, Trennung der Justiz von der Verwaltung und die bürgerliche Prozeßordnung, das großh. Weimarische Gesetz zur Vereinfachung und Abkürzung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, das h. Coburgische Gesetz über Organisation der Gerichtsbehörden und Zuständigkeit der Gerichte, die Waatländische Prozeßordnung für nichtstreitige Gegenstände, Entwurf der Civilprozeßordnung für Lübeck, königl. sächs. Entwurf einer Advokatenordnung.

Von

Mittermaier.

Die bedeutendste neuere Erscheinung auf dem Gebiete der Gesetzgebung über Verfahren von Civilsachen ist unfehlbar die Oldenburgische, welche drei Gesetze umfaßt: 1) das vom 29. August 1857 über Einrichtung der Aemter (zugleich die Trennung der Justiz von der Verwaltung); 2) das Gesetz vom 29. August über Gerichtsverfassung; 3) Gesetz vom 2. November 1857, betreffend die bürgerliche Prozeßordnung. Es ist wohlthuend, bei der Gesetzgebung eines deutschen Staates zu verweilen, der die Wichtigkeit erkennt, statt des Flickwerks in der Gesetzgebung, wo mit der neuen Schöpfung keine Partei zufrieden ist, und wo das neue Gesetz vielfache Conflikte wegen der Vermengung des Alten und des Neuen erzeugt, den richtigen Weg zu wählen, auf welchem im Zusammenhange eine die Gerichtsorganisation, das Verhältniß der Justiz zur Verwaltung und das Verfahren regelnde umfassende Gesetzgebung allen den Bedürfnissen

entsprechende Anordnungen trifft. Wir haben bereits in diesem Archiv [1]) ausführliche Nachrichten über den Inhalt der Oldenb. Entwürfe in Bezug auf die Gerichtsverfassung und die Aemtereinrichtung, und über die Verhandlungen in der Kammer mitgetheilt. Unsere Leser erinnern sich, daß namentlich über die vorgeschlagene Ansicht des Entwurfs, nach welcher ein Amt aus zwei Beamten bestehen soll, und der Justizbeamte und der Verwaltungsbeamte sich wechselseitig zu vertreten hätten, vielfach Streit entstand, so daß Anfangs der Entwurf selbst abgelehnt wurde, später aber auf den Grund neuer Vorschläge des Ministeriums zwar eine große Verschiedenheit der Ansichten fortbestand, jedoch in der Hauptsache eine Vereinigung erfolgte. Das neue Gesetz beruht nun auf folgende Sätze: Die Aemter sind Gerichts- und Verwaltungsbehörden erster Instanz nach den näheren Bestimmungen dieses Gesetzes (§. 1.). Jedes Amt soll wenigstens mit zwei rechtskundigen unwiderruflich angestellten Beamten besetzt sein. Jedem Beamten soll ein Aktuar (der auch Registrator und Spertelrendant ist) beigegeben werden. Der Dienst-Aelteste der beiden Beamten soll in Bezug auf das gemeinschaftliche Dienstpersonal die Obliegenheiten und Befugnisse eines Vorstandes haben (§. 2.). Die Aemter sind in ihrer Eigenschaft als Verwaltungsbehörde der Regierung, in ihrer Eigenschaft als Gerichtsbehörden dem Appellationsgerichte als ihren zunächst vorgesetzten Dienstbehörden unterworfen (a). Die Aemter führen da, wo sie in ihrer Zuständigkeit als Gerichtsbehörden handeln, die Dienstbezeichnung als Amtsgerichte (b). Die Zuständigkeit der Aemter richtet sich nach den bestehenden Bestimmungen; außerdem steht ihnen zu 1) die Befugniß, ihre gegen bestimmte Personen gerichteten Anordnungen und Befehle nach vorgängiger Androhung mittelst Geldstrafen bis 20 Thlr. (im Falle des Unvermögens mit entsprechender Freiheitsstrafe) oder mit geeigneten Zwangsmitteln durchzusetzen, und 2) in dringenden Fällen in ihrem Amtsbezirk oder für einzelne Theile polizeiliche Gebote oder Verbote, welche den Gesetzen oder Verordnungen nicht widersprechen, mit Androhung der Geldstrafe von 10 Thlrn. zu erlassen. Die Regierung ist aber sofort von

1) Band XXXVI. S. 292. XL. S. 245.

der Erlassung in Kenntniß zu setzen; sie kann die Aufhebung der Anordnung, wenn sie ihr nicht gerechtfertigt erscheint, verfügen. Der in der Kammer lebhaft geführte Streit[2]) über die Theilung der Geschäfte in Vormundschaftsangelegenheiten ist in §. 9 u. 10 so geordnet, daß der Beamte die im Gesetze über Gerichtsverfassung genannten Geschäfte und die Decision der Vormundschafts- und Curatelrechnungen, der Andere die Verwaltungsgeschäfte, Jeder selbstständig behandelt, und an der Vormundschafts- und Curatelsache sämmtliche bei dem Amte unwiderruflich angestellte Beamte Theil nehmen, insoferne es sich handelt 1) um Entscheidung hinsichtlich der Anordnung oder Aufhebung von Curatel über Großjährige, 2) Auswahl, Entscheidung der Excusationen, Entlassung oder Entsetzung der Vormünder oder Curatoren, 3) Ertheilung einer obervormundschaftlichen Genehmigung, insoweit dasselbe nicht die Unterlassung des öffentlichen Verkaufs der Mobilien, die Ueberlassung derselben gegen das Taxat, Vergleiche, oder Erbtheilungen über Mobilien und Summen unter 75 Thlr. oder Reparaturen an Gebäuden betrifft. Nach Art. 12 soll in Geschäften, die von beiden Beamten gemeinschaftlich behandelt werden, die Stimmenmehrheit und bei Stimmengleichheit die Stimme des im Dienste Aeltesten entscheiden und in dem oben Art. 10 §. 1 unter c genannten Fällen bei Stimmengleichheit der Staatsanwalt gehört werden. Nach Art. 14 vertreten in Verhinderungsfällen die bei demselben Amte angestellten Beamten einander; jedoch findet diese Vertretung des mit den gerichtlichen und den mit Verwaltungsgeschäften beauftragten Beamten nur in eiligen oder unbedeutenden Fällen Statt. Der Verwaltungsbeamte soll eine der sofortigen Appellation unterliegende Entscheidung in streitigen bürgerlichen Fällen nie abgeben. In Bezug auf das Gesetz über Gerichtsverfassung haben wir schon früher[3]) bemerkt, daß in der Kammer die abweichenden Anträge sich auf die Competenzbestimmung der Einzelrichter und vorzüglich darauf sich bezogen, daß die Mehrheit der Kammer vom Jahre 1855 mit der vorgeschlagenen Beibehaltung des Ober-

2) Verhandlungen S. 278.
3) Dies Archiv Band XL. S. 254.

appellationsgerichts sich nicht befreunden wollte und die Aufhebung der dritten Instanz, dagegen aber die Einführung der Cassationsinstanz beantragte. — Das nun zu Stande gekommene Gesetz über Gerichtsverfassung hebt 2) die Patrimonial, die städtischen und Markengerichtsbarkeit auf, spricht (§. 3) die Aufhebung der Verwaltungsrechtspflege aus, so daß die bisher dahin gehörigen Sachen den ordentlichen Gerichten (mit 2 Ausnahmen) zugewiesen werden; über die Verwaltung des Hypothekenwesens läßt das Gesetz die bestehenden Vorschriften unverändert, zählt (3) als gerichtliche Behörden auf: die Amtsgerichte, drei Obergerichte, ein Appellationsgericht, ein Schwurgericht und ein Oberappellationsgericht. Die zur Entscheidung der Kompetenzconflikte bestimmte Behörde soll bestehen aus einem der beiden Präsidenten der höchsten Gerichte und 6 Mitgliedern (3 aus dem Oberappellationsgerichte und 3 Mitglieder höherer Verwaltungsbehörde (9). In bürgerlichen streitigen Rechtssachen gehören zur Competenz der Amtsgerichte 1) Sachen, deren Gegenstand den Werth von 75 Thlrn. nicht übersteigt, 2) ohne Rücksicht auf den Werth des Gegenstandes[4]). Das Gesetz weiset auch den Amtsgerichten die freiwillige Gerichtsbarkeit (mit Ausschluß des Hypothekenwesens) zu, insbesondere auch Vormunds- und Curatelsachen, Provokationen unbekannter Gläubiger, Depositensachen. Da die Kammer den Antrag auf Einführung des Notariats gestellt hatte, so fügte die Regierung dem Art. 11 noch den Zusatz bei: für diejenigen Zweige der freiwilligen Gerichtsbarkeit, welche ihrem Wesen nach sich für das Notariat eignen, sollen neben den Aemtern Notare nach den näheren gesetzlichen Bestimmungen eingeführt werden. Nach §. 13 sollen die Obergerichte mit einem Vorsitzenden und 4 Richtern besetzt sein; in bürgerlichen Sachen gehören zu ihrer

4) Dahin rechnet das Gesetz Art. 11: a) den Vergleichsversuch; b) Streitigkeiten zwischen dem Miether und Vermiether, über die Einräumung oder das Verlassen einer Wohnung oder eines Grundstückes; c) Streitigkeiten zwischen den Handwerksmeistern und deren Gesellen und Lehrlingen über Ansprüche aus dem Dienstverhältnisse; d) Gesindesachen in Gemäßheit des §. 97 des Gesetzes vom 24. August, 1. September 1853, die Gesindeordnung für das Herzogthum Oldenburg betreffend; e) Arrestsachen; f) einstweilige Verfügungen; g) die Zwangsvollstreckung.

Zuständigkeit: (18) die Entscheidung in erster Instanz in allen die Zuständigkeit der Amtsgerichte übersteigenden Sachen, in zweiter Instanz die Entscheidung über Appellationen gegen amtsgerichtliche Urtheile, und über Beschwerden gegen die Amtsgerichte, die Geschäfte hinsichtlich der Volljährigkeitserklärung und Auctionswesen, der Verwaltung, der Depositа in der zur Zuständigkeit der Obergerichte gehörigen Sachen. An den Entscheidungen der Senate sollen wenigstens 3, an denen im Plenum 5 Richter Theil nehmen. An das Appellationsgericht (mit einem Vorsitzenden und wenigstens 6 andern Richtern) gehören (18) in bürgerlichen Sachen die Entscheidungen wegen der von den Obergerichten in erster Instanz abgegebenen Verfügungen und über Beschwerden, sowie die Verwaltung der Depositа. Nach Art. 24 ist ein Oberappellationsgericht errichtet, das in bürgerlichen Sachen die Entscheidung über Nichtigkeitsbeschwerden gegen Erkenntnisse in zweiter Instanz, und über Beschwerden gegen das Appellationsgericht hat. Ueber diesen Punkt entstanden große Streitigkeiten, und schon in dem Ausschuß der Kammer machten sich abweichende Ansichten geltend, indem mehrere Mitglieder das Oberappellationsgericht völlig aufheben und einer Entscheidung in dritter Instanz für kein Bedürfniß erkennen wollen, während Andere zweifelten, ob nach der Bundesakte die Aufhebung dritter Instanz geschehen dürfe, wogegen von Anderen geltend gemacht wurde, daß wenn ein ständiger Cassationssenat errichtet würde, der Forderung der Bundesakte Genüge geleistet wäre. Man hatte in den Verhandlungen sich vielfach auf Hannover und Braunschweig berufen, deren Gesetzgebungen gleichfalls keine dritte Instanz, wohl aber eine Cassation gestatte. Die Staatsregierung hielt an der Nothwendigkeit fest, daß auch die in zweiter Instanz ergangenen Urtheile einer nochmaligen Prüfung unterworfen würden und zuletzt erfolgte die oben angegebene Bestimmung, nach welcher das Oberappellationsgericht beibehalten wurde, jedoch nur so, daß an dasselbe in bürgerlichen Sachen nur Nichtigkeitsbeschwerden kommen sollten, nach der Civilprozeßordnung §. 266 wurde aber die Zulässigkeit dieser Beschwerden auch dann angenommen, wenn ein Obergericht und das Appellationsgericht über das zur Anwendung zu bringende Recht verschiedener Ansicht war und aus diesem

Grunde verschieden erkannt haben. Wir werden unten zeigen, welchen großen Streit in der Kammer diese Vorschrift hervorrief; zunächst aber mag es, da man sich auf die Erfahrungen von Hannover und Braunschweig beruft, nicht ohne Werth sein, die in jenen Ländern laut gewordenen Stimmen zu hören. Die Frage ist um so wichtiger, als man in Deutschland es liebt, auf das Vorbild Frankreichs Rücksicht zu nehmen, und die Gründe, welche man für den französischen Cassationshof anzugeben gewöhnt ist, so praktisch und geistvoll klingen, daß man wohl verleitet werden kann, durch sie bestochen, der französischen Ansicht zu folgen. Es ist interessant, in Bezug auf Braunschweig die Stimme des erfahrenen Juristen Degener, der selbst als Berichterstatter über die Gesetze von 1850 so viel zu dem Zustandekommen der Gesetze beitrug, zu hören, und von ihm zu erfahren[5]), daß man damals bei dem Mangel eigener Erfahrungen sich so enge als möglich an die französische Gesetzgebung anschloß, daß man glaubte, durch Errichtung einer Cassationsinstanz die Gestattung einer zweitmaligen Berufung entbehrlich machen zu können, und daß man den Nothbehelf (schon aus finanziellen Gründen) ergriffen habe, aus dem Schooße der Gerichte ein sogenanntes Cassationsgericht durch Herbeirufung verschiedener Richter zu bilden, so daß das Gericht kein ständiges, sondern wandelbares ist, und mit dem Gerichte der zweiten Instanz innig verwachsen seiner äußern Erscheinung nach nicht über diesem Gerichte steht, daher dem sogenannten höchsten Gerichtshofe in den Augen des Publikums der Nimbus des höchsten Gerichts fehlt, und auch den Richtern der zweiten Instanz gegenüber das Gericht den Charakter der Ueberlegenheit entbehrt. Es ist wichtig, sowohl von Hrn. Degener als von einem anderen sehr geachteten Rechtsanwalte in Braunschweig[7]) zu erfahren, daß die bei der Abfassung der Gesetze von 1850 geltend gemachten Voraussetzungen sich nicht als richtig bewährten, daß das Bedürfniß einer dritten Instanz an ein Berufungsgericht immer mehr sich herausstellt, daß man zwar in Bezug auf die Grundlage des faktischen Merkmals anerkennen muß, daß nach zweima-

6) In der Zeitschrift für Rechtspflege in Braunschweig. 1857. S. 87.
7) Gotrian in der Zeitschrift für Braunschweig. 1856. S. 49.

liger Entscheidung es keines weitern Rechtsmittels bedarf, während da, wo es auf die rechtliche Beurtheilung des Falles ankömmt und das Berufungsgericht die erste Entscheidung aufhebt, man sich nicht einbilden darf, daß die Rechtsuchenden und das Volk überhaupt die zweite Entscheidung, blos weil sie die zweite ist, für die richtige vertrauensvoll anerkennen werden. Beide Schriftsteller[8]) gestehen, daß die Cassation auch nicht annähernd die Berufungsinstanz ersetzen kann, vorzüglich in Ländern des gemeinen Rechts, wo allmählig durch die neuen Forschungen es dahin gekommen ist, daß fast kein Rechtssatz vorkömmt, der nicht eine Masse von Controversen veranlaßt. Es wird zugegeben, daß man in Deutschland auf eine nicht glückliche Weise der Cassation eine so hohe Bedeutung beigelegt habe, weil sie diese in Frankreich hat, dessen Analogie nicht paßt, weil in Frankreich ein vollständig codificirtes Recht vorliegt, welches gestattet, daß durch den Cassationshof eine eigentliche gleichmäßige Rechtsanwendung vermittelt werden kann, während dies bei dem Zustande des gemeinen Rechts in Deutschland geradezu unmöglich ist und es grundlos erscheinen muß, wenn man den Aussprüchen eines deutschen Cassationshofs die Kraft beilegen will, das Recht so fortzubilden, daß die Entscheidung wie ein Gesetz gilt. Wir werden unten noch einmal auf die Fragen zurückkommen, erlauben uns aber schon hier, unsere Leser auf großen Irrthum aufmerksam zu machen, nach welchen viele deutsche Juristen die Ansicht haben, daß in Frankreich selbst, weil dort ein vollständiges Gesetzbuch gilt, der Cassationshof so trefflich die Rechtseinheit vermittle. Wer dem Gange der Rechtssprechung in Frankreich folgt, bemerkt leicht, daß es keinen Satz im Code gibt, über welchen nicht viele Rechtssprüche des Cassationshofes in höchst verschiedenem Sinne ergangen sind, so daß man schwerlich von einer Rechtsgewißheit und Einheit sprechen kann. Wir bitten aber auch an die fortdauernden und neuerlich in Belgien verhandelten (von uns in diesem Archive mitgetheilten)[9]) Streitfragen zu erinnern, inwiefern die Gerichte an einen Ausspruch des Cassationshofs gebunden sind; mag man irgend

8) Zeitschrift 1856. S. 54. 1857. S. 87.
9) Archiv Band XL. S. 103.

eines der drei möglichen Systeme wählen, so kömmt man auf vielfache Schwierigkeiten. Nicht weniger richtig dürften die Erfahrungen sein, welche bei Gelegenheit der Verhandlungen der Kammern im Königreich der Niederlande in Bezug auf den Cassationshof vorkamen [10]), wo geradezu ausgesprochen wurde, daß die Cassationsinstanz nicht zweckmäßig sei, daß insbesondere es auf eine Selbsttäuschung beruhe, wenn man glaube, daß in vielen Fällen die Entscheidung der Rechtsfrage leicht von den thatsächlichen Verhältnissen zu trennen sei, die in dem Falle vorliegen, worin die Rechtsfrage entstand. In Bezug auf die Erfahrungen in Hannover mag es noch wichtig sein, zu erfahren [11]), daß von dem Rechtsmittel der Cassation ein sehr ausgedehnter Gebrauch gemacht wird, ohne daß dabei in sehr vielen Fällen die Partei etwas gewinnt [12]). Zugleich zeigt sich, wie fast jede Stelle des Gesetzes, welche die Nichtigkeitsgründe anführt, wegen ihrer Vieldeutigkeit Veranlassung zu Nichtigkeitsbeschwerden gibt [13]). Eine besondere Beachtung verdient die am 2. Nov. 1857 verkündete Oldenburgische Civilprozeßordnung (mit 375 §§.) [14]), und zwar abgesehen von den einzelnen Vorschriften, insoferne bei der Berathung des Entwurfs zwei allgemein wichtige Fragen zur Sprache kamen, die auf die bessere Abfassung einer bürgerlichen Prozeßordnung und auf die zweckmäßigste Weise der Berathung in einer Kammer sich bezogen. Der erste Punkt betrifft den Umfang der Prozeßordnung. Wir haben schon bei der ersten An-

10) Auszüge in diesem Archive Band XL. S. 112.

11) Nach den belehrenden Mittheilungen des Hrn. Präsidenten des Oberappellationsgerichts v. Düring im Hanov. Recht. V. S. 150. VI. S. 130. VII. S. 453.

12) Von 25 Nichtigkeitsgesuchen, welche 1854/55 eingebracht waren, nur 4 die Cassation zur Folge.

13) Insbesondere ist das der Fall bei den Nichtigkeitsgründen: wegen Verstoßes wider die Rechtskraft eines ergangenen Urtheils, ebenso wegen des Grundes, wenn ein Urtheil auf Geständniß oder Abläugnen eines Thatumstandes gebaut ist, den die betreffende Partei geheget oder zugestanden hat.

14) Das Gesetz enthält 12 Abschnitte, wovon die ersten 4 sich auf die Zuständigkeit der Gerichte, die Vertretung der Parteien, das Armen- und Creditrecht, die Staatsanwaltschaft, der 5. auf allgemeine Vorschriften über das Verfahren sich beziehen.

zeige dieses Entwurfs in diesem Archive[15]) angeführt, daß die Regierung in ihren Motiven aussprach, daß sie die Bearbeitung einer vollständigen Prozeßordnung nicht für nöthig erachte; daß daher das Oldenburgische Gesetz über sehr viele Lehren, die in anderen Prozeßordnungen ausführlich geordnet sind, keine Vorschriften enthält, z. B. über Streitgenossenschaft, Legitimation zur Sache, Intervention, Benennung des Auktors, daß selbst in beweislichen Vorschriften über viele Punkte fehlen, die in allen andern Gesetzgebungen geordnet sind, z. B. über die Gründe der Unfähigkeit eines Zeugen[16]), über Urkunden[17]). Die Frage, ob nicht ein vollständiges Gesetzbuch zweckmäßiger gewesen wäre, wurde nun in dem Ausschußberichte verhandelt[18]). Während die Minderheit die Ueberzeugung aussprach, daß eine vollständige Prozeßordnung möglich und nothwendig gewesen wäre (wobei unter Anderm die Wichtigkeit der bisherigen den Anschauungen der Gegenwart widersprechenden Theorie von dem Zeugenbeweise hervorgehoben wurde), erklärt zwar die Mehrheit des Ausschusses, daß auch sie ein vollständiges Prozeßgesetzbuch der bloßen Aenderung des Verfahrens vorgezogen haben würde, gibt aber zu, daß eine solche umfassende und wegen des innigen Zusammenhangs des materiellen Prozeßrechts mit dem Civilrechte schwierige Arbeit, die Kräfte des kleinen Staats übersteigen und innerhalb der engen Grenzen des Staats die wünschenswerthe Ausbildung durch Theorie und Praxis schwerlich erlangen würde. Der Ausschuß bemerkt, daß der von der Regierung eingeschlagene Weg, insoferne an den gesetzlichen Bestimmungen das geändert wird, was zur Durchführung des Grundsatzes der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit erforderlich scheine, sich auch als zweckmäßig aus dem Grunde empfiehlt, weil dadurch die Handhabung der an bekanntes Recht

15) Band XXXIX. S. 387.

16) Die Prozeßordnung §. 156 sagt nur: Zeugen, welche gesetzlich zum Zeugniß völlig unfähig sind.

17) Die Prozeßordnung §. 187 spricht nur von der Gemeinschaftlichkeit der Urkunden, von der Unzulässigkeit des Cassationseides, von der Einrede des nich empfangenen Geldes, von der Ediktion der Urkunden.

18) Verhandlungen S. 649.

sich anschließenden neuen Bestimmungen erleichtert wird. Wir besorgen, daß die Mehrheit des Ausschusses sich in ihren Erwartungen täuschen wird; wir widerholen zwar die früher ausgesprochene Ueberzeugung[19]), daß Vieles, was unsere Prozeßordnungen enthalten, der Wissenschaft und der Rechtsübung überlassen werden kann; allein wer den jetzigen Zustand der sogenannten Doktrin kennt, wer es weiß, wie fast über keinen Satz eine feste Ansicht besteht, muß doch wünschen, daß die Gesetzgebung in diesem Chaos der Streitfragen die Rechtsungewißheit abschneiden möchte[20]), wenigstens hätte man in Oldenburg über die Lehren, die die hannov. Prozeßordnung angibt, Vorschriften aufnehmen sollen[21]). Wir besorgen, daß man sich nicht klar genug den innigen Zusammenhang der Prozeßlehre mit dem Verfahren gemacht hat. Mag man auch in Oldenburg bisher schon über die Behandlung der nominatio auctores interventio eine gewisse Rechtsübung gehabt haben, so bezog sich diese auf das schriftliche Verfahren; sobald aber mündliches Verfahren eingeführt ist, wird eine ganz andere Behandlungsweise nothwendig und darüber sollten Vorschriften im Gesetze nicht fehlen, weil sonst Streitigkeiten unvermeidlich sind. Wir fragen billig, warum folgen unsere Gesetzgeber nicht der englischen Rechtsansicht, nach welcher das Prozeßgesetz selbst nur kurze, die Grundsätze und absoluten Gebote aussprechenden Vorschriften enthält, während das oberste Gericht oder auch eine von der Regierung ernannte Commission) eine Instruktion verkündet, welche in alle Einzelheiten genau eingehend das Verfahren in allen seinen Theilen ordnet? Bemerkt man dann in der Erfahrung Lücken oder Unzweckmäßigkeiten der

19) Dies Archiv S. 388.

20) Der Verf. erinnert sich, daß bei der Abfassung der badischen Prozeßordnung manche Stimme erklärte, daß die Vorschriften über Streitgenossenschaft, Legitimation zur Sache, qualificirtes Geständniß weggelassen werden sollten, weil die Wissenschaft hinreichte; jetzt erkennt man in Baden allgemein an, wie wohlthätig die in der Prozeßordnung vorkommenden Vorschriften wirken, um die Rechtsungewißheit zu vermindern.

21) Hannov. Prozeßordnung §. 32—42 und Commentar dazu in der juristi. Zeitung für Hannover. 1856. S. 57.

Anordnungen, so ist es leicht abzuhelfen[22]), ohne daß man zu dem Mittel der Verbesserung auf dem Wege der Gesetzgebung seine Zuflucht zu nehmen braucht. In dem Ausschußberichte, der viele legislativ wichtige Erörterungen enthält, zeigt sich vielfach eine große Verschiedenheit der Ansichten, da bei den allerwichtigsten Fragen die Minderheit von den Anträgen der Mehrheit abwich; der Bericht bemerkte am Schlusse, daß der Ausschuß einen Regierungs-Commissär zu den Berathungen beigezogen, und dadurch eine Verständigung über die meisten Differenzpunkte herbeigeführt habe, daß selbst ein Einverständniß über alle Punkte von dem Hrn. Minister ausgesprochen worden, wenn der ganze Entwurf, so wie er durch diese Beschlüsse modificirt sei, die Zustimmung des Landtags erhalten würde. Die Mehrheit des Ausschusses stellte nun den Antrag, den Gesetzentwurf im Ganzen anzunehmen. — Die Minderheit widersetzte sich diesem Antrage, weil dadurch die Grundbedingung der landständischen Wirksamkeit verletzt und das Recht jedes Abgeordneten, Ausstellungen an dem Entwurfe zu machen, selbstständige Anträge zu stellen, verkümmert würde. Bei der Berathung des Entwurfs in der Kammer veranlaßte diese Frage: ob im Ganzen ohne Detailberathung der Entwurf angenommen werden soll, nur Verhandlung[23]); die Minderheit erklärte sich dagegen; der Regierungscommissär hob dagegen die Gefahr der Störung der Harmonie des Ganzen und die Wichtigkeit hervor, daß die Mitglieder, welche zwar noch abwesend, Anträge stellen wollen, aber doch mit dem Ganzen zufrieden sind, ihrem Wunsche, daß das Ganze zu Stande komme, ihre abweichenden Ansichten zum Opfer bringen müßten. Ein Abgeordneter, der nicht im Ausschusse war (Weibel) zeigte, daß der Antrag der Mehrheit bedenklich wäre, und stellte zuletzt den Antrag, daß man wenigstens, wenn auch der Landtag den Entwurf im Ganzen annimmt, *über einige Punkte*, die er bezeichnete, der Einzelberathung vorbehalten bleiben. Dieser letzte Antrag fand endlich die Zustimmung des Landtags[24]). Der

22) Auf ähnliche Weise hatte einst das Kammergericht und auch einige oberste Gerichtshöfe solche genauere Bescheide erlassen.

23) Verhandlungen S. 356.

24) Verhandlungen S. 373.

Verfasser des gegenwärtigen Aufsatzes hat lange genug an den landständischen Berathungen Theil genommen und als Präsident die Pflicht, die Leitung bei Berathungen über große Gesetzbücher, z. B. über das Strafgesetzbuch von Baden gehabt, um nicht einige Erfahrungen mittheilen zu können. Der Grundsatz muß immer der der Einzelberathung in der Kammer sein, weil man sonst den Mitgliedern, die nicht in den Ausschuß gehörten, das wichtige Recht ihre Ueberzeugung auszusprechen und dem Lande das Mittel raubt, ein Gesetz zu erhalten, zu dessen Berathung alle Vertreter des Volkes mitwirken konnten. Der Ausschuß ist nur eine kleine Fraktion der Kammer und seine Macht darf nicht über die Nothwendigkeit ausgedehnt werden. Wer kann in Abrede stellen, daß das preußische Strafgesetzbuch besser geworden wäre, wenn auch andere Mitglieder, als nur die des Ausschusses mitgewirkt haben würden? Die Erfahrung hat den Verfasser überzeugt, daß die gewöhnlich gegen die Einzelberathung großer Gesetzeswerke angeführten Gründe übertrieben sind und die Erfahrung des Verf. als Präsidenten der Kammer bei Berathung des Entwurfs des bad. Strafgesetzbuchs hat gelehrt, daß es zwei gute Mittel gibt, die Berathung zu vereinfachen und die Gefahr der Störung der Einheit des Ganzen zu beseitigen, nämlich die Veranstaltung einer geeigneten Theilnahme aller Kammermitglieder an den Ausschußberathungen[25]), und die Sorgfalt, gefaßte Beschlüsse der Kammer sogleich von dem Ausschuß prüfen und über bemerkte Bedenklichkeiten neuen Vortrag an die Kammer erstatten zu lassen[26]).

---

25) In der badischen Kammer hatte der Verf. als Präsident bei Berathung wichtiger größerer Gesetzesentwürfe angeordnet, daß, nachdem die verstärkte Commission der Kammer den Entwurf durchberathen hatte, die tiefer gehende Berathung durch Zuziehung der Regierungscommissäre in Gegenwart aller Kammermitglieder Statt fand, so daß alle mit dem Entwurfe vertraut wurden. Die Mitglieder, welche nicht zur Commission gehörten, konnten, wenn sie Vorschläge machen wollten, sie schriftlich dem Präsidenten oder einem Commissionsmitgliede übergeben, der Vorschlag wurde dann berathen, oft lud man den Vorschlagenden ein, selbst zu sprechen. Der Verf. erinnert sich mit Freude daran, wie viele gute Bemerkungen dadurch veranlaßt wurden und wie alle Mitglieder mit dem Entwurfe vertraut wurden.

26) Die vom Präsidenten angeführte Seite war die, daß wenn die Kammer auf einen gemachten Antrag einen Beschluß faßte, der von dem in

Wenden wir uns zu den Einzelheiten des Oldenburgischen Gesetzbuchs, so finden wir darin eine Reihe der merkwürdigsten Vorschriften, welche der Aufmerksamkeit eines Jeden würdig sind, welcher für Verbesserung des bürgerlichen Prozesses Interesse hat; aber auch manche Begründung in den Regierungsprojecten, verglichen mit den Erörterungen in dem Ausschußberichte und in den Verhandlungen liefert bedeutende Beiträge zur legislativen Würdigung der wichtigsten Fragen des bürgerlichen Prozesses. Vorzüglich müssen wir bei den Erörterungen verweilen, welche sich auf die Frage des Prinzips der Mündlichkeit beziehen. Man fühlt, wenn man neue Gesetzesarbeiten prüft, wie wenig klare Ansichten über die Bedeutung dieses Prinzips vorkommen. Die Oldenburger Verfassung sagte die Einführung der Mündlichkeit zu; allein dabei schwebte nur die Absicht vor[27]), sie in der Weise, wie in Deutschland die herrschende Ansicht dies forderte, daher in Verbindung mit einem schriftlichen Vorverfahren zur Anwendung zu bringen, wie dies System auch der neuen Preußischen, Braunschweigischen und Hannoverischen Gesetzgebung zu Grunde lag. Alles kömmt nur darauf an, das Verhältniß des schriftlichen Verfahrens zu den mündlichen Vorträgen so festzustellen, daß die Wirkung der mündlichen Verhandlung auf die Entscheidung des Rechtes nicht illusorisch gemacht wird. Die Oldenburgische Prozeßordnung fordert Art. 74, daß alle Anträge bei dem Gerichte zu erheben und von diesen dem Gerichte mitzutheilen sind; nach 75 sollen die Schriften der Parteien die Anträge derselben, die Thatsachen, worauf die Anträge gestützt sind, (nöthigenfalls unter Angabe des Rechtsgrundes) die Erklärung über die Thatsachen, überhaupt das was zur thatsächlichen Feststellung des Streitpunkts gehört, enthalten: Ueberall wird

der Commission bearbeiteten Entwurf abwich, am nämlichen Tage die Commission sich versammelte, um zu berathen, ob der Beschluß Billigung verdiene, ob und wie er in das ganze System des Entwurfs eingepaßt werden könne. Am andern Tage wurde darüber Vortrag in der Sitzung erstattet und häufig änderte oder modificirte die Kammer ihren Beschluß, wenn sie gehörig unterrichtet wurde.

27) Wir haben in dem Archiv Band XXXIX. S. 400 darüber die Aeußerung der Motive mitgetheilt.

da, wo das Gesetz von der mündlichen Verhandlung spricht, die Rücksicht hervorgehoben (103), ob nicht eine vor Feststellung der thatsächlichen Verhältnisse und Anträge nöthige Erklärung nach dem Inhalt der schriftlichen Verhandlung schon ausgeschlossen ist. Die Aenderung der in der schriftlichen Vorverhandlung abgegebenen thatsächlichen Erklärungen und Anträge und das Vorbringen der nach dem Inhalte der schriftlichen Vorverhandlung ausgeschlossenen thatsächlichen Erklärungen soll nur zulässig sein (106) im Wege der Restitution oder wenn die Gegner bei der nächsten ihnen zustehenden Erklärung nicht widerspricht und in das Sitzungsprotokoll (112) soll alles aufgenommen werden, was zur thatsächlichen Feststellung gehört, so weit dasselbe nicht schon im Vorverfahren schriftlich festgestellt ist. In der Sitzung zum Zwecke der mündlichen Verhandlung haben nach Art. 220 die Parteien das ganze Streitverhältniß nach seinen thatsächlichen und rechtlichen Beziehungen mündlich in freier Rede vorzutragen. Das Gesetz fügt bei: der mit der Leitung der Sache beauftragte Richter oder Vorsitzende und die Gegenpartei haben dafür zu sorgen, daß die Bestimmungen der Art. 106. 107 (also über Aenderung der Klage) beobachtet werden. Daß die angeführten Vorschriften einer sehr verschiedenen Auslegung fähig sind, ist nicht zu verkennen; wer das mündliche Verfahren kennt, wie es in Frankreich durch Rechtsübung ausgebildet ist, bemerkt bald, daß mit Beziehung auf die obigen Vorschriften in Oldenburg vielfach Streit entstehen wird, was eigentlich mit der angeführten Mündlichkeit gemeint ist, und worin der Schwerpunkt des Verfahrens liegt, insbesondere auf welche Materialien (ob auf das Ergebniß der mündlichen Verhandlung oder auf den Inhalt des schriftlichen Vorverfahrens, wenn zwischen beiden ein Widerstreit ist) der Richter sein Urtheil bauen soll. Es ist daher begreiflich, daß schon im Ausschuß und in der Kammer verschiedene Ansichten sich geltend machten. Die Mehrheit des Ausschusses[28]) fand in dem Entwurfe ein genügendes Festhalten am Prinzip der Mündlichkeit, und sprach die Ueberzeugung aus, daß die hannoverischen Richter ungeachtet der

28) Verhandlungen S. 650.

scheinbar die Mündlichkeit mehr begünstigenden Vorschriften der mündlichen Verhandlung kein größeres Gewicht einräumen, als in Zukunft die Oldenburgischen thun würden. Die Minderheit dagegen suchte nachzuweisen, daß der Entwurf die Mündlichkeit zu sehr einzuschränken suche. Während sie jedoch im Allgemeinen dem Entwurf ihre Billigung nicht versagen konnte, hielt sie es für nothwendig, die Fassung einzelner Artikel zu ändern, und zwar sollte der Art. 75 den Charakter des schriftlichen Vorverfahrens klar angeben, und so gefaßt sein: Die Schriften der Parteien sind nur die Grundlage, welche die mündliche Verhandlung vorbereitet.

Der mit der Frage der Mündlichkeit im nächsten Zusammenhang stehende Art. 106 über Aenderung der in der schriftlichen Verhandlung abgegebenen Erklärungen[29]) veranlaßte in dem Ausschusse manche Streitigkeiten. Selbst die Mehrheit fand den gewählten Ausdruck: thatsächliche Erklärung bedenklich, weil er leicht auch auf die Erläuterung einer in dem Vorverfahren vorgetragenen Thatsache bezogen werden könnte; sie beantragte daher, daß die stillschweigende Zulassung der Aenderungen von Seite des Gegners (also, wenn er keinen Widerspruch einlegt) die nämliche Wirkung haben soll, als die ausdrückliche Zustimmung. Die Minderheit wollte dem Zweck der Schriften gemäß, die nur die mündliche Verhandlung vorzubereiten haben, aussprechen, daß die Parteien an ihre in den Schriften enthaltenen Erklärungen nicht weiter gebunden sein sollten, als in so ferne sie die Grundlage des Rechtsstreits und deren thatsächliches Fundament unberührt zu lassen gezwungen sind[30]). In der Verhandlung der Kammer über den Entwurf kam die Frage über Mündlichkeit wieder zur Sprache[31]), man machte vorzüglich die

29) Wir erinnern an den von uns in diesem Archiv Band XL. S. 415 gegen den Art. 106 angegebenen Bedenklichkeiten.

30) Nach dem Antrage der Minderheit sollte der Art. 106 so gefaßt werden: Jede Abweichung von der Klage ist zwar nicht von Amtswegen zu beachten, dagegen steht dem Beklagten das Recht zu, im Wege eines jedenfalls bei der nächsten ihm zustehenden Erklärung zu erhebenden Widerspruchs die Unzulässigkeit der Abweichung zu rügen.

31) Verhandlungen S. 384.

Bedeutung der Schriftlichkeit und der damit zusammenhängenden Eventualmaxime in der Appellationsinstanz geltend. Die Vertheidiger des Entwurfs hielten es für nothwendig, daß auch in höherer Instanz an dem schriftlich Festgestellten festgehalten würde, allein wenn Mündlichkeit bestehe, so könnten doch die Appellationsrichter keine Akten der ersten Instanz vorgelegt werden, hier würde dann ein Sitzungsprotokoll wichtig, worin das Vorbringen der ersten Instanz aufgezeichnet ist. Es wurde aber geltend gemacht, daß es nur Selbsttäuschung sei, wenn man erwarte, daß über die mündliche Verhandlung ein vollständiges und unbestrittenes Protokoll errichtet werden könnte. Die Berathung führte nun auf die Frage, wie weit das hannoversche Gesetz von dem in Oldenburg vorgeschlagenen abweiche. Der Hr. Regierungscommissär[32]) berief sich vorzüglich auf die in diesem Archiv mitgetheilten Zeugnisse hannoverischer Praktiker, daß ungeachtet scheinbar abweichender Ansichten durch die Rechtsübung anerkannt sei, daß die Schriften in Hannover gleichfalls die Bedeutung haben, die Feststellung des Streitpunkts zu begründen. Ungeachtet der Ausführungen der Minderheit wurden von der Mehrheit die Bestimmungen des Entwurfs angenommen. Es ist nicht ohne Werth, da von beiden Seiten man sich in den Oldenburgischen Verhandlungen auf den Sinn der hannoverischen Prozeßordnung bezog, die neuesten Zeugnisse[33]) der Praktiker in Hannover zu sammeln[34]). Wir erfahren, daß in der Anwendung über die Bedeutung von Mündlichkeit vielfache Ansichten in Hannover vorkamen. Wenn in den Regierungsmotiven dem Grundsatze die Bedeutung der Unmittelbarkeit in dem Sinne beigelegt wird, daß die Verhandlung des Streits vor den zu seiner Entscheidung berufenen Richtern vorgehe, so zeigt sich bald die Schwierigkeit, daß in der Besetzung des Gerichts häufig Veränderungen

32) Verhandlungen S. 38.

33) Wir verdanken Hrn. Dr. Oppermann die Mittheilung wichtiger Beobachtungen in diesem Archive Band XXXVII. S. 463. Band XXXVIII. Seite 246.

34) Siehe den Aufsatz von Mayer im Magazin für hannov. Recht. VII. Seite 86.

vorgehen, daß ein Richter, welcher die erste Verhandlung der Sache angehört hat, später stirbt oder versetzt wird, und nun ein anderer Richter, der an den ersten Verhandlungen nicht Theil nahm, eintritt. Die Sache wird praktisch wichtig in dem in Art. 346 der hannov. Prozeßordnung bezeichneten Falle, wo der Rechtsanspruch nur theilweise zur Entscheidung reif ist (namentlich hinsichtlich der zur Begründung oder Entkräftung des Ausspruchs oder der Nebenforderungen benützten verschiedenen Angriffs- und Vertheidigungsmittel, wo das Gericht nach Umständen entweder den spruchreifen Punkt sofort entscheiden oder die Entscheidung bis dahin, daß sämmtliche Punkte dazu reif sind, aussetzen kann [35]). Mit Recht bemerkt man auch in Frankreich, daß es wichtig ist, daß zwischen dem Anhören der Verhandlung und der Entscheidung keine zu lange Zeit verflossen ist, weil nicht erwartet werden kann, daß nach längerer Zeit dem Richter alle angehörten Verhandlungen treu vorschweben werden. Wenn nun das Gericht im Falle des Art. 346 die Entscheidung der spruchreifen Punkte aussetzt, bis auch die anderen reif sind, so kömmt man mit dem Mündlichkeitsprinzip in das Gedränge, da leicht in der Zwischenzeit andere Richter eintreten, auf jeden Fall oft zwischen der ersten und der späteren Verhandlung längere Zeit verflossen sein kann. Hier machen sich nun in Hannover zwei Prinzipien geltend, indem consequente Anhänger des Mündlichkeitsprincips eine zweite mündliche Verhandlung auch über die früheren spruchreifen Punkte verlangen, weil sonst es für den Richter an einer sichern Grundlage fehlt; wir erfahren aber, daß die entgegengesetzte Meinung [36]) siegt, nach welcher die ausgesetzte Entscheidung der spruchreifen Punkte ohne wiederholte mündliche Verhandlung geschehen kann, und zwar auf den Grund der über die erste mündliche Verhandlung aufgenommenen schriftlichen Aufzeichnungen, zu welchen außer dem Sitzungsprotokoll, auch die dem Richter nach §. 356

35) Eine gute Auslegung des Art. 396 von Leonhardt (der selbst Hauptverfasser der Prozeßordnung war) im Magazin für hannov. Recht. V. Seite 88.

36) Magazin S. 89.

obliegende Darſtellung des Thatbeſtandes gehört. Man findet in der hannoveriſchen Praxis, daß dadurch das Mündlichkeitsprinzip nicht gefährdet iſt, und erkennt die Wichtigkeit der wahren Auslegung des Art. 101 der Prozeßordnung, und die Bedeutung der Vorſchrift im Art. 356. In Bezug auf Art. 101 der hannov. Prozeßordnung findet man darin zwar den Willen des Geſetzgebers, daß die mündliche Verhandlung in thatſächlicher Beziehung die Grundlage der Entſcheidung bildet; allein man verſteht dies nicht ſo, daß das Urtheil ausſchließlich und unmittelbar ſich auf die mündliche Verhandlung ſtütze, und nicht vielmehr die Grundlage auch durch das Mittel der Schrift gegeben werden könne. Von großer Bedeutung wird in Hannover die vorgeſchriebene Feſtſtellung des Thatbeſtandes; während nach Art. 356 das Urtheil eine gedrängte Darſtellung des dem Rechtsſtreite zu Grunde liegenden Thatbeſtandes in Gemäßheit der Parteianträge enthalten ſoll, ſpricht Art. 356 aus, daß die Darſtellung des Thatbeſtandes im Urtheil rückſichtlich des mündlichen Vorbringens der Parteien vollen Beweis machen ſoll, welcher nur durch das Sitzungsprotokoll entkräftet werden kann. Um aber den Parteien Sicherheit im Falle leicht vorkommender Irrthümer zu geben, verordnet der §. 360, daß jede Partei binnen 3 Tagen befugt iſt, die Berichtigung etwaiger Unrichtigkeiten oder Auslaſſungen in der Darſtellung des Thatbeſtandes im Urtheile zu begehren[37]). Werfen wir nun einen Blick auf die Vorſchriften der Oldenburgiſchen Prozeßordnung, ſo müſſen wir unſere Ueberzeugung ausſprechen, daß dieſe Beſtimmungen, wenn ſie im richtigen Geiſte angewendet werden, eine alle Intereſſen der Gerechtigkeit ſichernde Durchführung des Prinzips der Mündlichkeit geſtatten. Der Verf. der gegenwärtigen Abhandlung hat Gelegenheit gehabt, den Rechtsgang in Ländern, in welchen Mündlichkeit eingeführt iſt, in Frankreich, in den Rheingegenden, in Italien zu beobachten, und hat die Frage über Durchführung der Mündlichkeit viele

37) Eine ausführliche Erörterung über den Sinn der richtigen Art. 356—60 von Schmidt im Magazin für hannov. Recht. VII. S. 404.

Jahre durch Sammlung von Erfahrungen zum Gegenstande seiner Beobachtungen gemacht; vorzüglich hat er sich erkundigt, welche Erfahrungen in Deutschland in den Ländern gemacht wurden (in den Rheingegenden, im sogenannten Königreich Westphalen und in den hanseatischen Departements, wo nach der Eroberung der Franzosen die französische Civilprozeßordnung eingeführt wurde. Es war wichtig zu bemerken, wie mehr oder minder der deutsche Geist auch auf die Auffassung des französischen Rechts wirkte und vielfach verbessernd modificirte. Es mag nicht ohne Interesse sein, zu erfahren, daß in den ersten Jahren der Einführung des Code die Richter und Anwälte sich in das neue Verfahren nicht finden konnten, und in Anhänglichkeit an das schriftliche Verfahren überall die Schrift als eine Hauptgrundlage ihrer Entscheidung betrachteten, daß daher die Richter auf jede Art die Ausdehnung der von den Anwälten einzureichenden Schriften begünstigten, häufig, wenn nach der mündlichen Verhandlung entschieden werden sollte, zu dem gesetzlich gestatteten Mittel griffen, schriftliches Verfahren anzuordnen, und daß die Anwälte sich mit der Mündlichkeit nicht befreunden konnten, und die in dem Vorverfahren gestatteten Schriften wie die alten Parteischriften auffaßten, und wenn in der Sitzung der Advokat etwas Anderes vortrug, als in der Schrift stand, dagegen protestirte oder sich nicht darum kümmerten. Man erfährt aber auch, daß nach mehreren Jahren diese Uebelstände verschwanden und Richter und Anwälte recht gut in den Geist der Mündlichkeit drangen, vorzüglich wenn ein kräftiger Präsident, der den Werth der Mündlichkeit erkannte, energisch solche aus dem alten Verfahren hervorgezogene Versuche der Anwälte zurückwies, und daran festhielt, daß die eigentliche Grundlage der richterlichen Entscheidung in dem mündlichen Vorbringen liegen muß. Wir zweifeln nicht, daß auch in Oldenburg, wenn in diesem Geiste Richter und Anwälte wirken, die neue Prozeßordnung sich gut bewähren wird. Vorzüglich müssen beide von der Wichtigkeit der Geschäftsbehandlung durchdrungen sein, bei welcher über die einzelnen Punkte, die für sich entschieden werden können, z. B. Präjudizialpunkte, verzögerliche Einreden abgesondert verhandelt und entschieden wird, so daß mit der Verhandlung zu einem andern Punkt erst über-

gegangen wird, wenn der erste entschieden wird; dadurch bewährt sich der Vortheil der Mündlichkeit[38]).

Eine Klippe, an welcher die Durchführung des Princips der Mündlichkeit leicht scheitern kann, ist die Art, wie die Materialien des Prozesses zur Kenntniß der urtheilenden Richter gebracht werden. Nach dem früheren Entwurf (220) sollte der Vorsitzende oder der mit der Leitung der Sache beauftragte Richter den thatsächlichen Inhalt der schriftlichen Verhandlungen vortragen; in einfachen Sachen kann dieser Vortrag wegbleiben, in verwickelten Sachen aber soll der Vorsitzende selbst anordnen können, daß vor der Sitzung die Akten zur Einsicht bei den Mitgliedern in Umlauf gesetzt werden. Wir haben in diesem Archiv[39]) zu zeigen gesucht, daß die Annahme dieser Vorschläge als Gesetz für die Durchführung der Mündlichkeit sehr gefährlich sein würde. Nur zu leicht wird dadurch in den Richtern eine Voreingenommenheit begründet, mit der sie die mündlichen Verhandlungen anhören. Nach der Erfahrung sind ohnehin viele Richter geneigt, auf die mündlichen Verhandlungen nicht viel Werth zu legen; der Eindruck, den sie durch das Lesen der Schriften des Vorverfahrens oder durch den Vortrag ihres Kollegen empfangen haben, bleibt auch bei dem Anhören der mündlichen Verhandlungen, hindert die nöthige Aufmerksamkeit, weil die Richter nach der Auffassung der Materialien, wie ihr Inhalt sich ihnen zunächst darstellte, mit ihrer Meinung über den Fall schnell fertig sind, und wenn auch in den mündlichen Verhandlungen etwas Anderes vorgebracht wurde, dies entweder gar nicht bemerken oder nicht gehörig würdigen. Wir freuen uns, daß in dem neuen vorgelegten Entwurfe eine zweckmäßige Abänderung vorkömmt, indem der Art. 220 der Prozeßordnung bestimmt, daß in der Sitzung der Vorsitzende oder der mit der Leitung der Sache beauftragte Richter zunächst die streitenden Theile, den Streitgegenstand und die Lage des Rechtsstreites bezeichnet; bei Sachen, welche wegen ungewöhnlicher Ausdehnung oder Verwickelung der thatsächlichen Ver-

38) Hier wird es wichtig, daß der Art. 102 der Prozeßordnung gehörig angewendet wird.

39) Band XL. S. 414. 416.

hältnisse oder des Beweises nicht geeignet erscheinen, durch mündlichen Vortrag genügend mitgetheilt zu werden, kann der Vorsitzende nach Art. 220 anordnen, daß vor der Sitzung die Akten zur Einsicht bei den Mitgliedern in Umlauf gesetzt werden. Wenn weitere Verhandlungen über die Thatsachen nicht erforderlich sind, so ist den Parteien sofort das Wort zur rechtlichen Begründung ihrer Anträge zu geben. In dem Berichte des Ausschusses[40]) wurde auch die Zweckmäßigkeit der Aenderungen im Entwurfe anerkannt; nur wurde mit Recht gegen die im Entwurfe vorkommende Vorschrift, nach welcher es dem mit der Leitung der Sache beauftragten Richter zur Pflicht gemacht wird, die Uebereinstimmung von Vortrag und Schrift zu überwachen, ein Bedenken erhoben; mit Grund wurde geltend gemacht, daß nach dieser Fassung der Richter beauftragt schien, die Uebereinstimmung herbeizuführen, und Abweichungen zu untersagen. Man bemerkt, wie unwillkürlich die Bearbeiter der Prozeßordnung von der Begünstigung der Schrift und einer gewissen Geringachtung der mündlichen Verhandlungen geleitet wurden. Der Richter hat sich um diese Uebereinstimmung nicht zu kümmern, und es den Parteien (ihren Vertretern) zu überlassen, gegen Abweichungen, in so ferne dadurch das ursprünglich vorgetragene Streitverhältniß geändert wird, Einwendungen zu erheben. In Frankreich macht sich dies sehr einfach. Das Gericht läßt im Sitzungsprotokoll keine Abweichungen aufzeichnen, sondern der Advokat mag, wenn er es für nothwendig findet, den Präsidenten ersuchen, seine Erklärung über eine gewisse Aussage, oder die Annahme eines von dem Gegner gemachten Zugeständnisses, oder einen gewissen Vorgang im Protokolle constatiren zu lassen (donner acte). Nicht einverstanden aber kann man mit der oben angeführten Bestimmung sein, daß in Sachen, welche wegen ungewöhnlicher Ausdehnung oder Verwickelung nicht geeignet erscheinen, durch mündlichen Vortrag genügend aufgeklärt zu werden, die Inumlaufsetzung der Akten zur Einsicht der Richter angeordnet werden kann. Wenn man sich (wie das auch der Ausschußbericht thut, darauf beruft, daß dies auch in Frankreich (Code 93) der Fall sei, so liegt hier ein

40) Verhandlungen S. 672.

großer Irrthum zum Grunde. In Frankreich geht immer die mündliche Verhandlung voraus, und erſt nach dem Schluſſe derſelben, wenn das Gericht im Berathſchlagungszimmer findet, daß auf den Grund der mündlichen Verhandlungen ſich nicht ſogleich entſcheiden läßt, kann entweder deliberé (wo ein Referent aufgeſtellt wird), oder ſchriftliches Verfahren (wo die Parteien Denkſchriften einreichen) angeordnet werden. Wir bitten nicht unbeachtet zu laſſen, daß in der Praxis das ſchriftliche Verfahren faſt verſchwunden iſt, weil es die Richter nicht für nothwendig finden. Man bedauert, daß unſere deutſchen Juriſten ſo wenig die ſehr belehrenden, neuerlich in Frankreich mitgetheilten Erfahrungen, legislativen Erörterungen und Vorſchläge über das ſchriftliche Verfahren beachten[41]).

Verweilen wir näher bei den einzelnen Vorſchriften der Prozeßordnung, ſo war es der Art. 10, welcher viele Streitigkeiten veranlaßte; er betrifft die Prorogation, welche nach dem Entwurf allgemein geſtattet wird, ſo daß auch ſtillſchweigende Prorogation zuläſſig iſt, wenn die Gegenpartei nicht innerhalb der ihr zur Erklärung beſtimmten Friſt die Verweiſung an das zuſtändige Gericht beantragt; wenn aber in Sachen, welche die geſetzliche Competenz des Amtsgerichts überſteigen, ein ſolches Gericht angegangen wird, ſo ſoll das Amtsgericht berechtigt ſein, die Unzuſtändigkeit auszuſprechen[42]). Nach Art. 26 ſoll aber das Amtsgericht wider den von beiden Parteien ausgeſprochenen Willen ſeine Unzuſtändigkeit von Amtswegen nicht ausſprechen, wenn der Werth des Streitgegenſtandes die Summe von 150 Thlr. nicht überſteigt. Ueber die Annahme dieſer Vorſchläge waren ſchon im Ausſchuſſe die Anſichten getheilt[43]). Die Mehrheit ſtimmte dem Entwurfe bei, weil überhaupt Prorogationen keine Begünſtigung verdienen, da ſie, wenn ſie häufig vorkämen, auf die Ausbildung

41) Wir verweiſen auf die guten Arbeiten von Regnard de l'organisation judiciaire et de la procedure civile p. 327 und Raymond Bordeaux philosophie de la procedure civile (von der Akademie in Paris gekrönt). Paris 1857. S. 465.

42) Wir haben in dieſem Archiv Bd. XL. S. 395 die Gründe für dieſe Anſicht angegeben.

43) Verhandlungen S. 655.

des neuen Prozeßrechts nachtheilig wirken würden, und weil es nicht consequent wäre, wenn man, nachdem man für die wichtigeren Rechtssachen besondere Formen des Verfahrens für erforderlich erachtete, eine Bestimmung treffen wollte, welche es möglich macht, diese Sachen doch wieder in dem für geringere Streitsachen vorgeschriebenen Verfahren zu verhandeln. Man besorgte, daß durch diese Prorogation rechtsunkundige Personen gegen ihren Willen ihren ordentlichen Gerichtsstand verlieren könnten. Die Minderheit des Ausschusses wollte dem Amtsrichter das Recht von Amtswegen die Prorogation abzulehnen, nicht einräumen, weil sie überhaupt dies Institut begünstigen wollte, da das freie Wahlrecht der Parteien zunächst entscheiden müsse, die auf dem Lande wohnen, die Kosten und Unbequemlichkeiten, an das entfernte Obergericht sich zu wenden, zu vermeiden wünschen und häufig ein Interesse hätten, sich lieber an den ihnen nahe liegenden Amtsrichter zu wenden. Die hannoverische Prozeßordnung §. 19 hat bekanntlich die Prorogation noch mehr begünstigt und macht ihre Zuverlässigkeit nicht von der Einwirkung des Gerichts abhängig. Die Regierung und die Mehrheit des Ausschusses berief sich auf die nachtheiligen Erfahrungen, die deßwegen in Hannover gemacht wurden. Es ist nun belehrend, die neueste Stimme aus Hannover über den Werth der dortigen Einrichtung und die gemachten Erfahrungen zu beachten[44]). Darnach erfährt man, daß die Praxis, welche auch bei den schwierigsten größeren Sachen prorogiren ließ, das Gegentheil der legislatorischen guten Absicht und Theorie vorzüglich, wegen der juristischen Unselbstständigkeit der großen Mehrzahl der Parteien auf dem Lande ergab. Eine Hauptrücksicht für den Gebrauch der Prorogation ist nach der Erfahrung für die Parteien, daß sie das Verfahren vor den Amtsrichter für wohlfeiler und bequemer halten als das obergerichtliche Verfahren, ohne zu erwägen, daß oft die Kosten doch beträchtlich werden, wenn die Partei in wichtigeren Sachen einen entfernt wohnenden Advokaten kommen lassen muß. Die Erfahrung in Hannover hat aber auch gelehrt, daß

44) In der juristi. Zeitung für das Königreich Hannover. 1857. S. 258. 274.

auf dem Lande viele Perſonen ſich finden, die ein Intereſſe haben, daß Prozeſſe bei dem Amtsgerichte entſchieden werden; dahin gehören Gaſtwirthe und Gewerbtreibende, welche für den örtlichen Verkehr gewinnen, wenn Parteien am Sitze des Amtsgerichts ſich einfinden, ferner Landadvokaten und Notare, welche gerne bewirken, daß ſchon in die Urkunde über das Geſchäft die Prorogationsclauſel aufgenommen wird. Auf dieſe Art werden durch die Häufigkeit der Prorogation die Amtsgerichte in eine umfangreiche Concurrenz mit den Obergerichten, in ein gewiſſes Rivalitätsverhältniß mit ihnen geſetzt, und die gute Abſicht der Regierung, die in wichtigern Fällen ein gründliches Verfahren von den Obergerichten eingeführt haben will, wird zum Nachtheile für die Juſtiz vereitelt.

Wie überall wurde auch in Oldenburg die Frage: ob bei den Amtsgerichten eine Partei, die einen Bevollmächtigten aufſtellt, im Falle ihres Sieges von dem Gegner die Vergütung der Auslagen für ihren Bevollmächtigten fordern kann, Gegenſtand vielfachen Streits in der Kammer. Nach der Prozeßornung Art. 45 ſoll, wenn der Bevollmächtigte kein Anwalt iſt, er keinen Anſpruch auf die Gebühren eines Bevollmächtigten haben, iſt er Anwalt, ſo darf für ſeine Bemühungen dem Gegner nur Bevollmächtigtengebühr berechnet werden. Wir haben in dieſem Archiv[45]) bereits gegen die Anſicht uns erklärt, den Parteien ihre Freiheit zu beſchränken, ſtatt perſönlicher Erſcheinung einen Bevollmächtigten zu ſenden; und haben insbeſondere die Unzweckmäßigkeit der in Baden beſtehenden Vorſchrift gezeigt, daß der Richter entſcheiden ſoll, ob die durch Beizug eines Anwalts verurſachten Koſten als nothwendig zu betrachten ſind. Die Minderheit des Ausſchuſſes erkannte eine Ausnahme von der Regel, daß keiner ſiegenden Partei mit eignen Schaden und Koſten die Zuziehung eines Anwalts büßen ſoll, nur dann für billig an, wenn der Streitgegenſtand und deſſen Werth (30 Thlr.) mit den Koſten der Zuziehung eines Anwalts außer allem Verhältniſſe ſtehen würde. Die Mehrheit nahm den Regierungsentwurf an, ebenſo wie den in Art. 45 enthaltenen Schlußſatz, daß wenn Jemand,

45) Band XXXIX. S. 385.

der nicht Anwalt ist, die gerichtliche Vertretung zu seinem Gewerbe macht, ihm auf Antrag des Amtsgerichts das Obergericht die Befugniß zu solcher Vertretung absprechen kann. Nach Art. 46 der Prozeßordnung müssen sich die Parteien bei den Obergerichten und Appellationsgerichten durch einen bei dem bestehenden Gericht zugelassenen Anwalt vertreten lassen; in den öffentlichen Sitzungen kann die Partei indeß nur in Gegenwart ihres Anwalts das Wort nehmen oder ihre Sache durch solche Personen, die einen vermutheten Auftrag zur Prozeßführung haben, vortragen lassen. Die Kammer billigte die Vorschrift, weil die Erfahrung (vorzüglich in Preußen) gelehrt habe, daß die gründliche Leitung der Prozesse durch Anwälte gesichert ist und eine Partei zwar Rechtskenntnisse besitzen, aber doch ungeeignet sein kann, den Prozeß zu führen. Abweichend von neuen Prozeßordnungen, namentlich der hannoverischen, die nur ein Armenrecht anerkennt, gestattet die Oldenburgische Prozeßordnung §. 57 dem bisherigen Prozeßreglement gemäß ein Armenrecht, das nur Demjenigen ertheilt wird, der aus öffentlichen Armenmitteln Unterstützung erhält, und das Creditrecht, das für den bestimmten Rechtsstreit aber nicht länger als für 3 Jahre Demjenigen ertheilt wird, dessen Vermögen oder Erwerb nicht hinreicht, um mit ihrer Familie Noth zu leiden, die Gerichts- und Stempelkosten zu erlegen. Nach der Erfahrung hat sich diese Unterscheidung zweckmäßig erwiesen, da bei dem Creditrecht in vielen Fällen die Kosten früher oder später doch zur Kasse kommen.

Die Prozeßordnung (Abschnitt IV) nimmt das Institut der Staatsanwaltschaft auf (§. 68), insoferne der Staatsanwalt berechtigt ist, in allen Prozeßsachen die Einsicht der Akten, welche ihm auch von Amtswegen von dem Gerichte mitgetheilt werden können, zu verlangen und den Gerichtssitzungen anzuwohnen. Den Berathungen des Gerichts wohnt er nicht bei. Die dem Staatsanwalt in Oldenburg zugewiesenen Faktionen sind im Civilprozesse beschränkter als in Hannover, z. B. in Oldenburg bedarf es zur Vermittelung der geschäftlichen Verbindung der Gerichte unter sich und mit andern Behörden des Staatsanwalts nicht. In gewissen Fällen sind aber die Gerichte mit Ausnahme des Amtsgerichts verpflichtet, die Akten in der Regel spätestens

drei Tage vor der zur mündlichen Verhandlung angesetzten Sitzung mitzutheilen[46]). Nach Art. 69 kann die Staatsanwaltschaft nach den Vorträgen der Parteien ihre gutachtlichen Erklärungen abgeben und Anträge stellen. Dagegen können die Parteien nur mit etwaiger Berichtigung der von dem Staatsanwalte angeführten Thatsachen gehört werden (schriftlich oder mündlich). Der Vorsitzende kann, wenn er es nöthig oder zweckmäßig findet, die Verhandlungen wieder eröffnen. Nach Art. 70 erstreckt sich die Thätigkeit des Staatsanwalts auch auf die im Bezirke des Obergerichts belegenen Amtsgerichte. Diese sind berechtigt, in den im Art. 68 angeführten Sachen die Akten dem Staatsanwalte des Obergerichts zur schriftlichen Abgabe seiner gutachtlichen Erklärung mitzutheilen. Wir besorgen, daß die Juristen in Oldenburg sich durch das Vorbild von Frankreich und die Gesetzgebungen von Hannover und Braunschweig zuviel bestimmen ließen, der Staatsanwaltschaft in Civilsachen einen Werth beizulegen, den sie nicht hat und Bedenklichkeiten unbeachtet zu lassen, welche nicht in Abrede zu stellen sind. Frey hat in seinem Werke[47]) im wesentlichen die auch in Frankreich von verständigen Richtern angegebenen Gründe gegen die Ausdehnung des Instituts angeführt. Während Manche zugestehen, daß in den Fällen, in denen die Staatsanwaltschaft als partie principale auftritt, ihre Wirksamkeit für zweckmäßig erkannt wird, bezweifelt man noch allgemeiner ihren Werth in Fällen, in denen sie als partie jointe auftritt; die Vorstellung von einer Sicherung der Rechtseinheit beruht auf einer Selbsttäuschung. Es ist nicht ohne Werth, die von den niederländischen

---

46) Dahin gehören Sachen a) bei welchen Gemeinden, Kirchen, Schulen, Armen und andere milde und gemeinnützige Stiftungen, öffentliche Anstalten, Pupillen, Curanden betheiligt sind; b) in welchen die Zuständigkeit eines Gerichts oder Ablehnung eines Richters in Frage steht; c) welche den Personenstand betreffen; d) in welchen eine Urkunde als falsch oder verfälscht angegriffen wird; e) in welchen es sich um eine Nichtigkeitsbeschwerde handelt.

47) Frankreichs Civil- und Criminalverfassung von Frey. Erlangen 1851. S. 233. Was Frey in seiner Schrift: Die Staatsanwaltschaft S. 46 sagt: muß Jeder, der in Frankreich den Gang der Justiz beobachtet hat, als wahr, wenigstens in Bezug auf viele Gerichte, bezeugen.

Generalstaaten ausgesprochenen Bedenklichkeiten[48]) zu beachten. Dem bisherigen Rechtsbewußtsein aller Länder, in welchen Staatsanwälte vorkamen (mit Ausnahme Frankreichs, wo das Institut einen vorwaltenden politischen Charakter hatte, indem die Könige ihren Einfluß bei den Gerichten auch in Civilsachen zu sichern suchten) widerspricht es, wenn man dem Richterstande so wenig Vertrauen schenkt, daß man für nothwendig eine Einrichtung hält, durch welche den Richtern, denen die Anwälte bereits die nöthigen Erörterungen vortrugen, in einem gewissen Mißtrauen, daß die Richter nicht von selbst die genügenden Rechtskenntnisse und Gewandtheit in der Auffassung besitzen, von der Staatsbehörde, entwickelt werden soll, wie sie in dem Falle zu entscheiden hätten: daß dadurch unnöthige Verzögerung des Prozesses herbeigeführt werden kann, ist auf jeden Fall nicht in Abrede zu stellen. Wir bitten an die Worte des Hrn. de Vaulx, selbst eines der ausgezeichnetsten Generalprokuratoren in Frankreich, sich zu erinnern, wenn er sagt: In Civilsachen bedarf die Staatsbehörde, um vollkommen ihren Beruf erfüllen zu können, einer wissenschaftlichen Bildung, sie muß durch ihre Kenntnisse und Richtung ihres Geistes die verschiedenen Fragen, welche zur Beurtheilung vorkommen, übersehen können, und immer bereit sein, ein neues Licht auf die Verhandlung zu werfen, und dieselbe auf den wahren Standpunkt zu bringen, wenn das Privatinteresse einen Schleier über die Wahrheit geworfen hat; — denn sonst gewährt ihre Dazwischenkunft statt einer Garantie nur einen Aufenthalt, und dient dazu, den Gang der Justiz zu hemmen, während sie auch schnell sein muß, wenn sie gut sein soll u. a. Wir bitten dann die deutschen Juristen, die Verhältnisse zu erwägen und zu prüfen, ob erwartet werden darf, daß die Regierung viele so wissenschaftlich und praktisch ausgezeichnete, ebenso im Civilrecht wie im Strafrecht gründlich gebildete, als gewandte Redner tüchtige Staatsanwälte zu finden. Warum aber die Oldenburgische Gesetzgebung noch weiter ging, als die französische, und dem Amtsrichter selbst das Recht gibt, vorerst eine gutachtliche Erklä-

48) Mitgetheilt in diesem Archiv Bd. XL. S. 114.

rung des Staatsanwalts einzuholen, ist nicht einzusehen; mit Recht hatte der Ausschuß dagegen Bedenklichkeiten[49]) vorgebracht und die von Wibel in der Kammerberathung[50]) vorgebrachten Gründe hätten eine nähere Würdigung verdient.

(Fortsetzung im nächsten Hefte.)

IV.

Die freie Beweisprüfung im Civilprozesse.

Von

Herrn **W. Endemann**,

Assessor bei dem Obergerichte zu Fulda.

Das Bestreben der neueren Zeit nach einfachen und sichernden Rechtsformen, welches sich, nachdem für das Strafrecht und den Strafprozeß wenigstens im ersten Anlaufe große Erfolge errungen worden sind, auch dem Civilrechte und Civilprozesse zuwendet, findet hier kaum einen Gegenstand, welcher der wiederholten Erwägung würdiger wäre, als die Frage, was mit der Beweistheorie in Civilsachen anzufangen sei.

Diese Frage erscheint keineswegs mehr als ganz neu; sie ist von verschiedenen Seiten her bereits angeregt, für und wider besprochen worden. In der That muß die tägliche Erfahrung des Praktikers den Gedanken erregen, ob mit der gesetzlichen und formellen Beweistheorie fernerhin noch auszukommen sei; nachdem entschieden und zum Glück für alle Betheiligten die Praxis immer mehr der wirklichen Wahrheit und dem materiellen Rechte ihr Ohr zu leihen, über rein äußerliche, die Unwahrheit oder Ungerechtigkeit unter dem falschen Namen des Rechts enthaltende Vorschriften sich hinauszusetzen gewöhnt hat. Es ist Sache der Wissenschaft von dem in der unmittelbaren Anwendung erkannten

---

49) Man frägt schon, was der Amtsrichter dem Staatsanwalt mittheilen soll, da bei diesen Gerichten nur kurz das thatsächliche Vorbringen aufgezeichnet wird.

50) Verhandlungen S. 383.